

Eiendomsomsetning hvor ansvarsfraskrivelse er hovedregelen?

Bruk av klausulen "som han er" i avtalen.

Kandidatnr: 149817

Leveringsfrist: 17.desember 2007

Til sammen 12079 ord

16.12.2007

INNHALDSFORTEGNELSE

1. INNLEDNING	1
1.2 MANGE TVISTER	2
2. AKTØRENE	3
2.1 FORSIKRINGSSELSKAPENE	4
2.1.1 RETTSHJELPSFORSIKRING	4
2.1.2 EIERSKIFTEFORSIKRING	5
2.1.3 BOLIGKJØPERFORSIKRING	5
2.1.4 KONKLUSJON	6
2.2 ANDRE AKTØRER	6
2.2.1 EIENDOMSMEGLEREN	7
2.2.2 TAKSTMANNEN	9
3. MANGELSPØRSMÅLET	13
3.1 HOVEDREGELEN	13
3.2 MANGELSPØRSMÅLET NÅR EIENDOMMEN ER SOLGT "SOM HAN ER"	15
3.2.1 HVORDAN KOMMER ANSVARSFRASKRIVELSE TIL UTTRYKK?	18
3.2.2 HVOR LANGT REKKER ANSVARSFRASKRIVELSE?	19
3.3 MANGEL VED AREALSVIKT	20
3.4 MANGEL VED FUKTSKADER PÅ BYGNING	24
3.5 SANKSJONENE	26
4. AVTALEN	28
4.1 GRUNNLAGET	28
4.2 FORHOLD FØR AVTALEINNGÅELSE	30
4.3 FORHOLD VED AVTALEINNGÅELSE	32
4.4 ER KLAUSULEN VEDTATT?	35
4.5 SUBJEKTIVE FORHOLD	37
5. OPPSUMMERING	38

1.1 INNLEDNING

Jeg har i nærmere 12 år vært dommer i forliksrådet, de siste åtte år som leder. I mitt virke som forliksråds dommer er problemstillinger knyttet til feil og mangler ved avhending av fast eiendom et velkjent tema.

Det er utviklet seg en spesiell interesse for de tilfeller hvor eiendommen er solgt med klausuler av typen ”som han er”, eller ”as is” som brukes i et stort antall av kontraktene som inngås ved eiendomsomsetning.

Et senere kapittel i oppgaven vil en ta for seg omfanget av denne typen klausuler og påpeke en del av årsakene til at disse klausulene blir inntatt i avtalene.

Jeg ønsker også å få klarhet i hvilken rolle § 3-9 har ved vurdering av skjulte feil og mangler ved eiendommen. Utgangspunktet var at denne bestemmelsen skulle regulere unntakene hvor eiendommen var solgt med ”som den er” klausul eller lignende. Dette behandles nedenfor i kapittel 3.

Forarbeidene¹ gir uttrykk for at avhendingsloven skulle hindre eller redusere antall rettsvister ved avhending av fast eiendom.

Opgaven vil ta for seg hvordan utvikling av antall rettsvister har vært etter avhendingslovens ikrafttredelse.

Opgaven berører de ulike aktørers rolle knyttet til omsetning av brukt bolig, målet er å kunne påvise hvordan ulike aktører eller medhjelpere påvirker utfallet av tvistene som kan oppstå i forbindelse med omsetning av fast eiendom.

Videre ønsker jeg å vurdere om ”som den er” klausulene er vedtatt mellom partene ved å drøfte forhold som kan lede til ugyldighet.

I mitt virke som forliksråds dommer det et par typer mangler som er de mest påberopte.

Dette er mangler ved arealsvikt og fuktskader som blir behandlet i kapittel 3.

Opgaven drøfter også hvilke sanksjoner som er aktuelle ved denne typen mangler.

¹ Ot.prp.nr.66 (1990-1991) side 19

Oppgaven avgrenses til avhending av brukt eiendom mellom private hvor begge parter er forbrukere. Denne typen handel utgjør brorparten av omsetning av brukte boliger. Etter nesten femten år med avhendingsloven har det etter vært avleiret seg en betydelig praksis knyttet til avhendingslovens mangels bestemmelser, riktignok er det i skrivende stund bare en håndfull Høyesteretts dommer om temaet.

1.2 MANGE TVISTER

En kan lese i en kronikk i Bergens Tidende 24. oktober 2007, skrevet av ingeniør og taksmann Trond Eeg Vatne, at hele 15 % av boligkjøpene ender med tvist mellom kjøper og selger. Dette bekreftes av Forbrukerrådet.²

I følge statistisk sentralbyrå ble det i Norge omsatt ca 130.000 brukte bolig og fritidseiendommer gjennom eiendomsmeglere og advokater.³

Ut fra ovenfor nevnte vil det være ca 19.000 tvister knyttet til omsetning av brukt bolig. Det altoverveiende antall av tvistesakene er knyttet til mangler ved eiendommen som er oppdaget etter overtakelse.

Og med erkjennelse av at *"som den er"* klausulen jf. §3-9 er hovedregelen ved omsetning av boliger, er det ikke overraskende at vesentlighets vurderingen i paragrafen *"vesentlig ringare stand enn kjøparen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles"* er tvistenes hovedtema.

Hvor stor del av disse som ender i rettsystemet vites ikke. Noen blir enig om løsninger ved eget initiativ eller ved mekling i Forlikrådet.

Forlikrådet har kompetanse til å dømme i mange av disse tviste sakene med hjemmel i Tvml. § 288a⁴. Denne kompetansen er videreført i den nye tvisteloven⁵ av 2005 i § 6-10, dog med begrensninger i tvistesummens størrelse.

² Forbrukerrådet i Norge

³ Kilde Eiendomsomsetning Statistisk sentralbyrå (www.ssb.no/eiendomsoms/)

⁴ Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) 13 aug. Nr.6. 1915

⁵ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17 juni. Nr. 90. 2005

I de fleste tilfeller hvor eierskifteforsikringsselskapet er innklaget gis det klare meldinger om at saken skal behandles i høyere rett uansett om forliksrådet har rettslig og faglig kompetanse til å dømme i foreliggende sak.

Oppgaven drøfter i et senere kapittel hvilken rolle eierskifteforsikringen spiller i forhold til prosessvilligheten til partene.

2. AKTØRENE

Eiendomsutvikling og eiendomsomsetning er etter hvert blitt en stor næring og konkurransen mellom aktørene er stor. I tillegg til å bistå selger og kjøper ved eiendomssalget er eiendomsmeglerne også selgere for forsikringsselskapene når det gjelder eierskifteforsikring og boligkjøpsforsikring.

En kan stille spørsmål om det er en heldig løsning at eiendomsmegleren skal gi råd til partene om hvilken forsikring og selskap selger og kjøper bør velge. Etter eiendomsmeglerloven⁶ har eiendomsmegleren en omsorgsplikt overfor så vel selger som kjøper. Det betyr at megleren har plikt til å veilede og gi gode råd.

Problemstillingen er om selgeren alltid har behov for eierskifteforsikringen som eiendomsmegleren gir han råd om å tegne. Problemstillingen vil bli nærmere drøftet under avsnitt 2.2.

⁶ Lov 1989 16 juni nr. 53 Lov om eiendomsmegling (emgll)

2.1 FORSIKRINGSSELSKAPENE

Fakta er at saker med sitt utspring i ”*som den er*” klausuler jf. §3-9 er blitt noe av en gjenganger i rettssystemet. Det skyldes nok ikke bruken av ”*som den er*” klausuler isolert, men også det at prosessviljen hos både kjøper og selger har holdt seg høyt etter at henholdsvis rettskjøpsforsikringen, eierskifteforsikringen og boligkjøpsforsikringen ble etablert. Det blir nedenfor gitt en redegjørelse om de ulike forsikringstypene som finnes på markedet og avslutningsvis hvilke påvirkning forsikringene har på prosessvilligheten og resultatet av tvistene.

2.1.1 RETTSHJELPSFORSIKRING

Rettskjøpsforsikringer er en del av dekningsomfanget til ordinære hus/villa forsikringer. Forsikringen dekker nødvendige utgifter til advokat, rettskjøper, retten, sakkyndige og vitner når sikrede er part i tvist i egenskap av eier av den forsikrede eiendom. Tvisten må høre inn under de alminnelige domstoler, (jf domstolloven §1), og må ha oppstått mens forsikringen var i kraft. I tvistetilfeller om kjøp av ny bolig som sikrede ikke har flyttet inn i og tegnet egen forsikring på, dekkes rettskjøpsutgifter dersom den sikredes nåværende bolig var forsikret i selskapet på kjøpstidspunktet.⁷ Egenandel ved denne typen forsikring er Kr. 4000,- med tillegg av 20 % av det overskytende.⁸ Det er ikke uvanlig i dag at saksomkostningene ved behandling av tvister knyttet til omsetning av bolig beløper seg til Kr.50.000,-. Egenandelen som den sikrede må betale vil da beløpe seg til 13.200,-

⁷ Sparebank 1 Skadeforsikring. Vilkår av 01.01.2007 Standard husforsikring §9 Rettskjøp

⁸ Sparebank 1 Skadeforsikring. Vilkår av 01.01.2007 Standard husforsikring §7 Egenandeler.

2.1.2 EIERSKIFTEFORSIKRING

I følge Norsk eiendomsmegler forbund tegner 90 % av selgerne eierskifteforsikring. Eierskifteforsikringsselskapet svarer for selgers mangelansvar etter avhendingsloven med de begrensninger som eventuelt er inntatt i kjøpekontrakten.⁹

Sagt på en annen måte. Eierskifteforsikring er, mot betaling, å overlate ansvaret for eventuelle skjulte feil på boligen du selger, til et forsikringsselskap.

Forsikringen dekker de nødvendige omkostninger for avgjørelse av mangelkravet. Selgers kostnad til advokatbistand utenom selskapet dekkes ikke. Og selvfølgelig dekker forsikringen eventuelle erstatningsutbetalinger.¹⁰

De fleste selgere tegner eierskifteforsikring etter anmodning fra eiendomsmegleren. Det er langt fra alle som har et reelt behov for forsikringsdekningen, men i mange tilfeller er megleren kontraktbundet med forsikringsselskapet om å presse eierskifteforsikring på alle selgere. Et eksempel på en slik avtale er avtalen mellom DnB og Ace insurance som er landets største selskap på eierskifteforsikring. Følgende er hentet fra avtalen;¹¹

” Eiendomsmegler skal tilby forsikringen til alle kunder. Hvis selger ikke ønsker forsikringen, skal megler likevel anbefale selger forsikringen og gjennomgå produktark/brosjyre vedr. avhendingsloven og eierskifteforsikringen”.

Dette er i bestefall uetisk og muligens i strid med reglene i Forsikringsavtaleloven. Det bidrar uten tvil til at omkostningene med avhendingen i mange tilfeller blir unødvendig høye.

2.1.3 BOLIGKJØPERFORSIKRING

Dette er siste forsikringsproduktet på stammen, og tar sikte på å ivareta kjøpers rettigheter overfor selger i henhold til kjøpekontrakt, og gjeldende lovgivning om kjøp av bolig.

⁹ Vilkår – eierskifteforsikring, Protector forsikring asa § 3.1

¹⁰ Vilkår – eierskifteforsikring Protector forsikring asa § 5.4

¹¹ Artikkel hos Forbrukerrådet på www.forbrukerportalen.no

Forsikringen dekker den sikredes kostnader til advokathjelp og rettsgebyrer knyttet til tvisten. Forsikringen dekker også, i motsetning til de fleste retthjelpsforsikringer, motpartens saksomkostninger hvis kjøper skulle bli idømt disse.

Denne forsikringen er et supplement til retthjelpsforsikringen. De tradisjonelle retthjelpsforsikringene har en ikke ubetydelig egenandel. Denne forsikringen har ingen egenandel. Denne forsikringsdekningen er forholdsvis ny på markedet, og en har derfor liten oversikt over hvilket omfang denne vil få i forbindelse med omsetning av brukt bolig.

2.1.4 KONKLUSJON

Det kan gi grunn for å tenke igjennom konsekvensen av at store grupper av kjøpere og selgere løper liten risiko med hensyn til ansvar ved saksanlegg.

Det er ikke tvilsomt at overføringen av risiko fra avtalepartene til profesjonelle parter bidrar til at terskelen for å foreta rettslige skritt knyttet til tvisten blir lavere.

2.2 ANDRE AKTØRER

De to andre aktørene som har stor innflytelse på eiendomsomsetningen er eiendomsmegleren og takstmannen.

Det kan være praktisk å nevne disse gruppene sammen, da det har vokst frem et samrøre mellom disse som kan være uheldig i forhold til den tillit som må være mellom selger/kjøper og eiendomsmegler.

Som oftest får takstmannen sitt oppdrag via en megler. Megleren har som oftest noen få faste takstmenn å forholde seg til, noe som kan være uheldig i forhold til uavhengighet som må være for å nødvendig tillit til takstmannens rapport.

2.1 EIENDOMSMEGLEREN

De aller fleste eiendommer i Norge blir solgt ved hjelp av eiendomsmegler eller advokat. I 2006 ble 136.839 eiendommer solgt gjennom eiendomsmeglingsforetak¹² til en samlet verdi av ca 330 milliarder norske kroner. Eiendomsmeglingsforetakene mottok et samlet vederlag på ca. 5,5 milliarder norske kroner.

Med dette som utgangspunkt blir det stadig tettere mellom eiendomsmeglingsforetakene i de større byene, og i enkelte områder utenfor byene, noe som skjerper konkurransen mellom foretakene. Kredittilsynet utstedte 97 nye foretaksbevillinger i 2006. Ved utgangen av 2006 var det 682 foretak som hadde bevilling til å drive eiendomsmegling.¹³

Konkurransen mellom meglerne er hard, og med henvisning til kredittilsynets årsmelding 2006, fremkommer det at en fjerdedel av eiendomsmeglingsforetakene driver regelmessig med driftsunderskudd.

For kjøper skjer bolighandelen ofte under stort tidspress, noe som gjør det vanskelig å forholde seg til mange av de kompliserte spørsmål som dukker opp. Det er derfor viktig at både kjøper og selger kan ha full tillit til at den profesjonelle aktøren – eiendomsmegleren – sørger for at bolighandelen kan skje så trygt og problemfritt som mulig.

Spørsmålet er om eiendomsmegleren har den nødvendige integritet og tillitt som er nødvendig for at det skal komme i stand en god og trygg handel.

Eiendomsmegler virksomheten er regulert i Lov 1989 16.juni nr 53. Lov om eiendomsmegling (emgll). Meglerens oppgave er å opptre som mellommann og forestå oppgjør ved omsetning av fast eiendom. Jf. emgll §1-1 (1) 1

Kredittilsynet er tilsynsmyndighet, jf §2-7, og har i senere år avdekket en rekke mislige forhold blant eiendomsmeglere, blant annet brudd på emgll § 2-12 om egenhandel og §2-4 om journalføring av betroede midler. Et annet moment som har vært vektlagt ved utforming av den nye loven, er eiendomsmeglerens utdanning og godkjenning. Det viser seg at over halvparten av de personene som i praksis utøver eiendomsmegling ikke

¹² Kredittilsynet, Oversikt over eiendommer solgt gjennom eiendomsmeglingsforetak

¹³ Kredittilsynet, Årsmelding 2006

er godkjente eiendomsmeglere. De har da heller ikke vært gjennom opplæring i etikk som er en del av eiendomsmeglerstudiet.¹⁴ Dette og andre forhold er bakgrunnen for at det ble vedtatt ny lov om eiendomsmegling 29. juni 2007¹⁵, med ikrafttredelses dato 1. januar 2008.

Den nye lovens formålsparagraf §1-1 lyder:

”Lovens formål er å legge til rette for at omsetning av fast eiendom ved bruk av mellommann skjer på en sikker, ordnet og effektiv måte, samt at partene i handelen mottar uhildet bistand.”

Den nye lovens kapittel 4 oppstiller strenge krav til hvem som kan være eiendomsmegler og deres medhjelpere etter 1. januar 2008.

Avhendingsloven¹⁶ har få bestemmelser som uttrykkelig omtaler eiendomsmegleren.

Lovens § 2-6 (2) bestemmer at meglerens oppdragsgiver skal dekke de kostnader som påløper ved bruk av eiendomsmegler. Dette vil normalt være selgeren.

Avhendingsloven generelt legger en del bindinger på eiendomsmeglerens opptreden når han skal utforme kjøpekontrakten mellom partene i henhold til emgll. § 3-8, jf §3-1 om plikt til å opptre i samsvar med god meglerskikk og til å dra omsorg med begge parter interesser ,samt om rådgivningsplikt overfor begge parter.

Klagenemnda for eiendomsmeglingstjenester har i sak 54/93 blant annet uttalt følgende om dette.

”Det er i strid med god meglerskikk å benytte, eller å foreslå for partene, en kjøpekontrakt som er, eller kan være, i strid med avhendingslovens ufravikelige regler.”

”Det må anses å være i strid med lovens ufravikelige regler hvis kontrakten inneholder bestemmelser som, etter en naturlig tolkning for en legmann, går kortere enn de rettigheter som loven gir kjøperen”

Eierskifteforsikringene og boligkjøperforsikringene distribueres i det vesentligste gjennom eiendomsmegleren. Meglerne får med dette en rolle som forsikringsselger og

¹⁴ Artikkel på regjeringen.no av Barne og likestillingsminister Karita Bekkemellem, publisert 26.07.2006

¹⁵ Lov 2007-06-29- 73 Lov om eiendomsmegling.

¹⁶ Lov 3 juli 1992 nr.93 Lov om avhendig av fast eigedom

de plikter som følger av forsikringsavtalelovens¹⁷ bestemmelser i kapittel 11 om informasjonsplikt.

På langt nær alle trenger å tegne en eierskifteforsikring til en kostnad på mange tusen kroner. Eiere av nyere boliger og eiere av boliger i sameier eller borettslag trenger ikke eierskifteforsikring da risikoen for at boligen skal være belemret med skjulte feil og mangler er minimal ved eierskifte av denne typen bolig. Men ved bruk av salgsmetoder som beskrevet i oppgavens avsnitt 2.1.2 om eierskifteforsikring vil disse eierne også bli påtvunget en forsikring til flere tusen kroner.

Det er med andre ord ikke selgerens behov for dekning av risiko som er det avgjørende, men forsikringsselskapenes og meglerens behov for å tjene penger som er det avgjørende.

Dette er i beste fall uetisk og muligens i strid med forsikringsavtalelovens regler. Det er lite tvilsomt at dette i tillegg til andre forhold som er tatt opp under dette avsnittet kan bidra til å svekke tillitten til meglerens rolle når formålet er at omsetning av eiendom *"..skjer på en sikker, ordnet og effektiv måte, samt at partene i handelen mottar uhildet bistand."* Jf. emgll §1-1.¹⁸

De fleste kjøpekontraktene som brukes er standardkontrakter utarbeidet av meglerbransjen med en viss deltagelse av forbrukerorganisasjonene.

De største utfordringene knyttet til eiendomssalget er vanligvis ikke i forbindelse med standardkjøpekontrakten og dens ordlyd.

Utfordringene er vesentlig mye større i prosessen rundt avtaleinngåelsen, som skjer når selger aksepterer budet fra kjøper. Dette vil bli grundig omtalt i kapitel 4

2.2.2 TAKSTMANNEN

De fleste boligeiendommer som blir solgt i dag har vært taksert av en takstmann. Dette er ikke noe nytt ved omsetning av eiendom. Taksering har foregått i Norge i mange hundre år. Det finnes bevarte takster over landbrukseiendommer fra 1600-1700 tallet.

¹⁷ Lov om forsikringsavtaler 16 juni. Nr. 69. 1989 (fal)

¹⁸ Lov 29 juni. Nr. 73 2007 Lov om eiendomsmegling

Et spørsmål er om kjøperen kjenner forskjellen på de ulike takstyper og hvilke opplysninger de ulike takstene gir om eiendommen.

Takstene som blir foretatt materialiserer seg i et dokument som har ulike overskrifter. De fleste takstene som blir gitt er *Verdi og lånetakst*. De fleste takster av denne typen er utført med henvisning til NS 3451¹⁹ og NS 3940²⁰ som beskriver metoder og grenser i forhold til måleregler.

Denne typen takst er bare basert på visuell befaring uten inngrep i byggverket, eventuelt supplert med enkle målinger. Dette er ingen tilstandsrapport, som beskriver byggverkets tekniske stand. Konklusjonen i denne typen takster fremkommer som markedsverdi eller normal salgsverdi. Det vises ofte til at den summen som fremkommer gir et uttrykk for hva som kan forventes å få i dagens marked, størrelse, standard og beliggenhet tatt i betraktning.

I LE-2000-113 uttaler retten at *"en besiktigelse i forbindelse med en verdi og lånetakst normalt ikke er egnet til å avdekke bygningsmessige feil og mangler"*. Et stort antall boligeiendommer i Norge blir omsatt uten at det foreligger noe annet enn en verdi og lånetakst.

I teorien skal verdi og lånetaksten være uavhengig av meglers prisvurdering, men i praksis ender det som oftest ut med samme prisantydning som megler kommer frem til. Dette vil ofte kunne være logisk da grunnlaget for takstmannen ikke er eiendommens tilstand alene, men også at takstmannen sammenligner med salgspriser i samme område. Som oftest får takstmannen sitt oppdrag via megler²¹. Megleren har som oftest noen faste takstmenn å forholde seg til, noe som kan være uheldig og vil kunne bli rammet av bestemmelsen i emgl²² § 1-1 om at partene i *"handelen mottar uhildet bistand"*.

I store deler av landet er det gjennomført at det må foreligge en grundig teknisk rapport basert på en grundig gjennomgang av boligens tekniske standard. Denne typen rapport betegnes som tilstandsrapport eller boligsalgsrapport.

En tilstandsrapport er en detaljert beskrivelse av en bolig sine tekniske og vedlikeholdsmessige tilstand²³. I flg. Rt -1995-923 uttaler retten at *"hensikten med en*

¹⁹ Standard Norge. www.standard.no

²⁰ Standard Norge. www.standard.no

²¹ Norsk eiendomsmeglerforetaks forening

²² Lov om eiendomsmegling 2007

²³ Brøndbo, Kristoffer Dons, 2002 selgerens og takstmannens ansvar for mangelfull tilstandsrapport.

slik rapport er at den skal gi en vurdering av bygningens tilstand rent bygningsteknisk, både innvendig og utvendig. Tilstandsrapporten skal reflektere bygningens beskaffenhet”

Det kan være ulike grunner til at selgeren bestiller en tilstandsrapport. En slik rapport kan avdekke feil ved eiendommen. Når kjøperen gjøres kjent med rapporten, kan ikke disse feilene gjøres gjeldende som mangler, jf avhendingsloven §3-10. En tilstandsrapport kan dermed begrense selgers mangelansvar. I mange tilfeller vil eierskifteforsikringsselskapet forlange at det blir foretatt en tilstandsrapport før det tegnes forsikring. På denne måten vil forsikringsselskapet begrense sitt eget, og også selgers ansvar i forhold til mangler ved eiendommen.

Hvordan er selgeren og takstmannens ansvar overfor kjøper når tilstandsrapporten er mangelfull?

Ved mange av sakene ved domstolene angående overdragelse av fast eiendom, er betydningen av tilstandsrapporten ofte et tema. I de lavere rettsinstanser er det imidlertid ingen entydig praksis i forhold til de aktualiserte problemstillingene knyttet til mangelfulle tilstandsrapporter. Et eksempel er spørsmålet om selgeren og takstmannen er sideordnet solidarisk ansvarlig overfor kjøperen og etteroppkjøret mellom selgeren og takstmannen.

I 2001 avsa Høyesterett en dom som er blitt prejudikat i forhold til dette spørsmålet. I Rt-2001 – 369 (takstmannsdommen) konkluderte Høyesterett med at selgeren var ansvarlig overfor kjøperen for en mangelfull tilstandsrapport. Selgeren ble identifisert med takstmannen etter avhl. § 3-7.

Avhendingsloven §3-7 lyder;

”Eigedomen har mangel dersom kjøperen ikkje har fått opplysning om omstende ved eigedomen som seljaren kjente eller måtte kjenne til, og som kjøperen hadde grunn til å rekne med å få. Dette gjeld likevel berre dersom ein kan gå ut i frå at det har verka inn på avtala at opplysning ikkje vart gitt.”

Av denne bestemmelsen følger det at selgeren har en plikt til å opplyse kjøperen om relevante forhold som han ”kjente eller måtte kjenne til”. Dersom denne plikten ikke overholdes og de øvrige vilkår er oppfylt, kan kjøperen gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende, jf avhl.§4-8.

Etter ordlyden kan en oppfatte som at det bare er selgeren personlig som har ansvar for å gi opplysninger. Imidlertid gir forarbeidene en veiledning om dette. I proposisjonen²⁴ på side 89 uttales det;

”Når paragrafen spør om kva ”seljaren” måtte vite, er det ikke berre spørsmål om seljaren personleg (og eventuelt organa for seljaren når seljaren er en juridisk person), må ein sjå på tilhøva hos andre som har stått fram overfor kjøparen som den som heil eller delvis tek seg av avhendinga på vegne av seljaren. Det kan både være personar som er tilsette hos seljaren, og personar som har som særskilt oppdrag å hjelpe til med den aktuelle avhending, t d ein eigedomsmeklar. Dei vert alle å identifisere med seljaren her. Dette gjeld sjølv om hjelparen ikkje har hatt fullmakt til å binde seljaren til sjølve avhendinga, men det må krevjast at hjelparen i det minste ville ha fullmakt til å gi den aktuelle opplysningen”

Det er uomtvistet at §3-7 også omfatter manglende opplysninger om eiendommen som er gitt av andre enn selgeren personlig.

Det var lenge et uavklart spørsmål om selger har risiko for mangelfulle opplysninger i tilstandsrapport som selger innhentet i forkant av salget.

Identifikasjonsspørsmålet ble avgjort i Rt-2001-369 med følgende uttalelse fra førstvoterende;

” Jeg er kommet til at §3-7 må forstås slik at selgeren har risiko for at en tilstandsrapport som gjøres tilgjengelig for kjøper før salget opplysninger om eiendommen som kjøperen kunne regne med å få, og som takstmannen finner sted, mangler kjente eller måtte kjenne til”

Denne identifikasjonen vil utvilsomt innebære en utvidelse av selgerens ansvar. Det er fortsatt mange spørsmål knyttet til identifikasjon mellom selger og takstmann. Det er nærliggende å tro at identifikasjonen kun skjer i de tilfeller det er selger eller megler som har bestilt tilstandsrapporten. I de tilfeller det er kjøper som har bestilt tilstandsrapporten vil det være urimelig at selger må ta ansvar for de feil som takstmannen gjør. Høyesterett tar ikke stilling til dette i RT-2001-369.

En kan gå ut fra at det er de færreste boligkjøpere som er godt kjent med takstsystemet generelt og at takstmannen blir identifisert med selgeren spesielt.

²⁴ Ot.prp. 66(1990-1991) side 89

De er mange boligkjøpere som i utgangspunktet ikke har kompetanse til å skille mellom verdi/lånetakst og tilstandsrapport. Det vil derfor være nødvendig å gi nødvendig informasjon om dette i tilknytning til salget. Det er ikke tilrettelagt for dette i standard prospekt og standard kontrakter utarbeidet av eiendomsmeglerbransjen.²⁵

3. MANGELSPØRSMÅLET

Med henvisning til oppgavens innledningskapitel skal drøftingen i forhold til mangler spesielt vurdere forholdene ved arealsvikt, vanninntregning og lekkasjer.

En vil først se på reglene i avhendingsloven som kommer til anvendelse ved vurdering av om det foreligger mangel og videre en drøftelse av de nevnte mangels typer.

3.1 HOVEDREGELN

Spørsmålet er om når foreligger det en mangel etter avhendingsloven.

Hovedregelen finner vi i avhl. §3-1 (1) første punktum. Eiendommen skal være i samsvar med avtalen. Hvis ikke foreligger en mangel.

I § 3-1 (1) har følgende ordlyd;

”Eigedomen har mangel dersom han ikkje er i samsvar med dei krav til kvalitet, utrustning og anna som følgjer av avtala. §§3-2 til 3-6 gjeld i den grad det ikkje i samsvar med §1-2 er avtalt noko særskilt”.

Hva som ”*følgjer av avtalen*” er særlig det som er direkte sagt i skriftlig eller muntlig avtale. Likevel vil også ikke-uttalte forutsetninger mellom partene og andre indirekte forhold spille en rolle ved vurderingen av hva som kan sies å følge av avtalen.

Hva som i det enkelte tilfelle ”*følgjer av avtala*”, må avgjøres ut fra vanlig avtaletolkning. Det kan være at deler av, eller egenskaper ved, eiendommen er nærmere

²⁵ Norsk eiendomsmeglerforetaks forening (NFF)

beskrevet i kontrakten. Men som kjent kan noe følge av avtalen selv om det ikke fremgår uttrykkelig av den.

Oppgaven vil ta for seg avtaletolkning spesielt under kapitel 5.

NOU 1979 : 48 har ikke forslag om en bestemmelse som § 3-1, derimot vil en i Kjl. av 1988²⁶ finne parallell til denne bestemmelsen i § 17 fjerde ledd, jf første ledd. Av forarbeidene til kjøpsloven 1988, ot.prp.nr.80 (1986-1987) side 64, kan en utlede at selgeren kan måtte svare for en mangel som først viser seg etter kjøperen har overtatt risikoen for eiendommen. I proposisjonen²⁷ til avhendingsloven på side 78 at også i forhold til avhendingsloven blir det uttrykkelig presisert at det kan være en mangel som selgeren må svare for, enda om den først kommer til syne etter at risikoen ble overført til kjøperen.

§ 3-1 annen setning oppstiller at når det gjelder §§ 3-2 til 3-6 gis det adgang til å fravike loven også ved mangelvurderingen. Et fravik vil kunne gjøres indirekte ved at partene konkret avtaler en annen løsning enn den som vil følge av reglene i avhendingslovens kapitel 3.

Når §§ 3-7 til 3-9 ikke er nevnt, kan det tolkes slik at avtale om at kjøperen ikke skal kunne gjøre gjeldende at selgeren har forsømt sin opplysningsplikt eller gitt feile opplysninger, ikke vil være bindende for kjøperen.

Det fremkommer også av § 1-2 (2) at bestemmelsene i §§ 3-1,3-3, 3-7 til 3-10 er preseptorisk i forbrukerkjøp. Disse bestemmelsene stiller krav til kjøper og selger sine personlige plikter i forbindelse med eiendomssalget, mens de deklarasjoniske bestemmelsene regulerer konkrete forhold med eiendommen. Av dette kan en slutte at i de tilfeller den foreliggende mangel skyldes svikaktig og illojal opptreden fra selgeren, vil terskelen for at mangel foreligger være relativ lav.²⁸ Ved svik vil det alltid foreligge mangel.

Mangelvurderingen er i utgangspunktet objektiv i den forstand at det ikke er avgjørende om selgeren kjente til mangelen.²⁹

²⁶ Lov om kjøp. 13.mai 1988 nr.27

²⁷ Ot.prp.nr. 66 (1990-1991) side 78

²⁸ Det Juridiske Fakultets skriftserie nr. 112. Avhendingsloven § 3-9 2.setning, Anita Skjerven 2007 s. 6

²⁹ Trygve Bergsåker, Kjøp av fast eiendom. 4 utg. 2003 s159-160

3.2 MANGELSPØRSMÅLET NÅR EIENDOMMEN ER SOLGT ”SOM HAN ER”

Som beskrevet i kapitel 1 blir de fleste brukte boliger i Norge i dag solgt med en ” *som han er*” klausul eller lignende. En kan på bakgrunn av dette hevde at hovedregelen ved regulering av mangelspørsmålet ved avhending av eiendom i Norge gjøres etter § 3-9. Hvis kjøperen aksepterer denne klausulen, aksepterer han samtidig at ansvaret for eiendommens skjulte feil og mangler overføres til han.

Spørsmålet er om kjøper er kjent med og forstår rekkevidden av den ansvarsovergangen som skjer ved vedtaket av denne klausulen i avtalen.

Når en eiendom selges ” *som den er*”, ” *as is*” eller med lignende forbehold i kjøpekontrakten, kan eiendommen rent logisk ikke være beheftet med kjøpsrettslige relevante mangler. Eiendommen skal jo etter avtalen være i den stand den faktisk er, og det vil den nødvendigvis også alltid være. En ser da bort fra de tilfeller hvor det har foregått en forringelse fra visningstidspunktet og til overleveringstidspunktet.

Ved salg av brukte ting som båter, biler sykler med mer, vil selgeren kunne ha et klart behov for å betinge seg ” *som han er*” klausuler, og derved overføre risikoen for tingens tilstand til kjøperen.

Ut fra en videre vurdering kan det ikke være noe å si på at det brukes ” *som han er*” klausuler i denne type brukthandel. Dette kan være med å redusere antall rettstvister hvor en måtte ha vurdert en mengde med vanskelige bevisspørsmål knyttet til tingens kontraktsmessighet.

Ønske om å hindre eller unngå rettstvister har også vært en driver for innholdet og utformingen av avhendingsloven § 3-9. Dette er et sentralt element i hele avhendingslovens utforming.³⁰

Spørsmålet er om ikke lovgiver ved å tilstrebe størst mulig parallellitet med kjøpsloven bidro til at antall tvister økte i stedet for en reduksjon som var intensjonen.

Innen for eiendomsomsetning er det tradisjon for å dokumentere opplysninger om eiendommens tilstand i takst og tilstandsrapport. Klausuler om ansvarsfraskrivelse for

feil og mangler gir kjøperen et insitament til å undersøke kvaliteten på taksten og tilstandsrapporten for å få klargjort hvilke skjulte feil og mangler han selv får ansvaret for.

Ved kjøp av løsøre vil en i de fleste tilfeller hvor tingen blir solgt ”*som han er*”, kun ha tingen ”*som han er*” å forholde seg til og ikke tilstandsrapport om tinget utarbeidet av en mer eller mindre uhildet person.

En ”*som han er*” klausul er formelt sett en faktisk beskrivelse av salgsobjektet. Reelt sett er den imidlertid en ansvarsfraskrivelse fra selgerens side. Ansvarsfraskrivelsen omfatter alle misligholdsbeføyelser for kjøperen. Formålet med klausulen er jo at kjøper ikke skal kunne gjøre gjeldende krav overfor selger, selv om salgsgjenstanden i en eller annen forstand – for eksempel på bakgrunn av pris, opplysninger under forhandlingene, offentlig forskrifter med mer, må sies å være mangelfull.

Som nevnt i kapitel 1.2 uttalte departementet i proposisjonen til avhendingsloven³¹ ”Departementet har også latt det ha en viss egenverdi å få materielle løsninger som svarar til det som følger av lausøyrekjøpslova”

En boligeiendom vil kunne inneholde mange skjulte feil og mangler som selgeren ikke er kjent med, eller som en heller ikke kan forvente at han kan være kjent med. Å pålegge en selger å ha fullstendig oversikt over eiendommens beskaffenhet vil være nesten umulig. At klausuler av denne typen er bitt hovedregelen ved omsetning av brukte boliger lar seg lett forklare ut fra dette.

På den andre siden kan ansvarsfraskrivningen virke urimelig overfor kjøper, da eiendommen i prinsippet ikke kan være mangelfull når den er solgt med en ”*som han er*” klausul eller lignende.

Med hjemmel i prinsippet om avtalefrihet er det full adgang til å ha en kontraktsklausul om ansvarsfraskrivelse ved kjøp og salg av fast eiendom.

Hvis denne typen klausul var helt uregulert vil alt ansvar for eiendommens stand bli overført til kjøper på en urimelig måte.

³¹ Ot.prp.nr. 66 (1990-1991)side 19

Lovgiver ønsker å begrense virkningen av klausuler hvor selger overfører ansvaret for feil og mangler ved eiendommen til kjøperen. Dette har materialisert seg i Avhendingsloven § 3-9.

Bestemmelsen viser til tilfeller hvor selger har opptrådt svikaktig overfor kjøpere ved å unnlate, eller gi uriktige opplysninger om eiendommen som kjøper hadde grunn til å regne med å få. Jf. § 3-9 første setning

Det er i flere lover innenfor handel og forettingsnæring vektlagt at de handlende skal opptre lojalt overfor hverandre og fremme rederlighet og god tro. En kan i denne sammenheng vise til avtl. § 33³² som bruker uttrykket "*vilde stride mot rederlighet eller god tro*" i forhold til å iverksette en avtale hvor den ene part er kjent med forhold som ville ha betydning for avtaleinngåelsen hvis det hadde blitt kjent for den andre part. I tvister hvor §§3-7 og 3-8 er primærgrunnlaget, vil avtl. §33 være et alternativt grunnlag, da denne bestemmelsen også ivaretar lojalitets forholdet mellom partene.

Bestemmelsen i §3-9 annet punktum regulerer de tvister hvor eiendommen er i "*vesentlig ringare stand enn kjøperen hadde grunn rekne med ut fra kjøpesummen og tilhøva elles.*" Denne delen av bestemmelsen skiller seg ut fra resten ved at forbrukerhensynet klart kommer til syne. Salg av brukte eiendommer skjer ofte mellom private uprofesjonelle parter og dette kan ofte føre til at avtale forholdet mellom partene kan være upresist og ufullstendig. Det kan derfor være behov for en ensartet praktisering av loven. Det kan synes som lovgiver ønsket at rettspraksis skulle trekke de nødvendige grenser, for på denne måten å oppnå nødvendig forutberegnelighet. Ved gjennomgang av relevant rettspraksis er det tvilsomt om ønsket om forutberegnelighet er oppnådd. Rettspraksis er eksempelvis sprikende i forhold til vesentlighetsbegrepet i §3-9 2.punktum. I Rt-2002-1425 (Bukkeboddommen) uttaler Høyesterett at hvis feilen utgjør 6 % av kjøpesummen "*kan dette utvilsomt være tilstrekkelig til at en feil anses som vesentlig*" Høyesterett sier i samme dommen at en kvantitativ betraktning "*har i seg selv liten betydning i vår sak*" Høyesterett uttaler i stedet "*man må ut fra de konkrete forholdene se på hva kjøperen hadde grunn til å regne med om boligens tilstand*"

Dette trekker i retning av at kjøperen ikke har den nødvendige forutberegneligheten i forhold til hva som regnes som vesentlig.

³² Lov om slutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer 31 mai. Nr.4.1918

Hovedhensikten med § 3-9 var å hindre selgeren i å kunne fraskrive seg ethvert fremtidig mangelansvar ved ukritisk å bruke denne typen ansvarsfraskrivende klausuler. I tilfeller hvor avtalen inneholder en klausul av denne typen vil en måtte legge til grunn bestemmelsen i § 3-9 ved en eventuell tvist.

Bestemmelsen³³ var også ment til å kunne redusere partenes behov for retthjelp og redusere antall tvister. Denne intensjonen kan en vel neppe si er innfridd med henvisning til det store antall tvister som referert i avhandlingens kapitel 1.

3.2.1 HVORDAN KOMMER ANSVARFRASKRIVELSE TIL UTTRYKK?

I praksis brukes ikke bare "som han er" uttrykket som fremkommer i bestemmelsen. Av ordlyden fremgår det at bestemmelsen brukes i de tilfeller hvor eiendommen er solgt med "*som han er*" "*eller med andre liknande allment atterhald.*"

Av ordlyden kan en utlede at det er snakk om ansvarsfraskrivelse med andre formuleringer enn "*som han er*", men som likevel fremstår som en generell ansvarsfraskrivelse mot skjulte feil og mangler og som viser til eiendommens egentilstand.

Hvilke uttrykk som kan falle inn under "*liknande atterhald*" beror på en tolkning av § 3-9. Ved tolkningen vil bestemmelsens formål stå sentralt.

I forarbeidene³⁴ fremheves det at klausulene som sier at eiendommen selges "*besiktiget stand*" og "*uten ansvar for skjulte feil og mangler*" utgjør "*som han er*" klausuler. Fra rettspraksis kan en også utlede at ulike klausuler blir akseptert som uttrykk for "*som han er*".

I Rt – 2002-696 (Nebb dommen) ble klausulen "*overtas av kjøper i den stand disse befinner seg i på overtagelsestidspunktet*" akseptert som en relevant klausul i forhold til §3-9. Klausulen "*i foreliggende stand*" er også av Høyesterett betraktet som en "*som han er*" klausul.³⁵

³³ Ot.prp.nr. 66 (1990-1991) side 18 (3)

³⁴ Ot.prp.nr.66 (1990-1991) side 92

³⁵ Rt-1982-1357

Ved gjennomgang av standardkontrakter fra de største eiendomsmeglerne i Norge³⁶ fremkommer det ulike klausuler som skal beskrive ”som han er” klausulen. I svært liten grad er uttrykket ”som han er” brukt direkte uten at en kan gi en fullgod forklaring for hvorfor dette er tilfelle.

Eksempler på klausuler som er inntatt i kontraktsforslagene til overfor nevnte meglere er følgende; ” i besiktiget stand”, ”uten ansvar for skjulte feil og mangler” og ”selges som den er med begrenset reklamasjonsrett, jfr. avhl. §3-9”

I et av tilfellene³⁷ fremkom følgende klausul; ” eiendommen med tilbehør selges i den stand den er ved fremvisning og de mur og naglefaste innretninger som da var tilstede” I samme prospekt fremkom det en klausul om at ”avhendingsloven §4-19 fravikes også, slik at den endelige reklamasjonsfristen settes til 2 år etter overtakelse.”

Det er ikke tvilsomt at denne siste klausulen er ugyldig ved forbrukerkjøp, med henvisning til avhendingsloven § 1-2.

3.2.2 HVOR LANGT REKKER ANSVARFRASKRIVELSE?

Når klausuler av denne typen er vedtatt av partene ved avtale innebærer det i utgangspunktet at kjøper har overtatt alle skjulte feil og mangler som eiendommen var beheftet med på overtakelsestidspunktet.

Ansvarsfraskrivelsen kan imidlertid ikke forstås absolutt.

Hvis det foreligger opplysningssvikt fra selgers side, vil dette slå igjennom overfor ansvarsfraskrivelsen. Jf. avhl §3-9 første punktum.

Kjøper vil også kunne fremme mangelkrav mot selger til tiltross for forbeholdet, hvis eiendommen har feil og mangler som ansees som vesentlig ut fra avtalevilkårene, Jf. §3-9 andre punktum. Disse begrensningene i ansvarsfraskrivelsen gir uttrykk for et generelt obligasjonsrettslig prinsipp som var etablert lenge før vedtakelse av avhendingsloven, og avhl. § 3-9 innebar kun en kodifikasjon av dette prinsippet.³⁸

³⁶ DnB NOR Eiendom, Notar, og Eiendomsmegler 1

³⁷ DnB NOR Eiendom , Oppdrag 70807397 Bergen

³⁸ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, i samarbeid med Magnus Aarbakke (Oslo 2003) (Hagstrøm)s. 68

Når Avhl. § 3-9 annet punkt ikke var ment å medføre noen endring i rettstillstanden, er det kanskje ikke så rart at lovforarbeidene ikke gir noen særlige holdepunkter for den vesentlighetsvurderingen som bestemmelsen gir holdepunkter om.

Sivillovbokutvalet sin innstilling³⁹ inneholdt ikke noen bestemmelse om ”*som han er*” forbehold. Bestemmelsen ble foreslått av Justisdepartementet i Odelstingsproposisjonene.⁴⁰

Kodifisering av et etablert obligasjonsrettslig prinsipp vil som utgangspunkt kun medføre at rettstillstanden videreføres.

Imidlertid vil vurderingene kunne bli annerledes når utgangspunktet tas i en lovbestemmelse, siden løsningen primært søkes ut fra ordlyden, og ikke et ulovfestet prinsipp. En kan ikke ut fra rettspraksis etter avhendingsloven se at mangelvurderingen er blitt mer lempelig overfor kjøper eller selger enn hva tilfellet var før loven trådte i kraft.⁴¹

For at klausulen om ansvarsfraskrivelse skal være gyldig i en kjøpsavtale må klausulen være vedtatt av partene.

Dette er en problemstilling som har vært lite drøftet knyttet til avhendingsloven imidlertid er det mye praksis og avtalerettslig teori om vedtakelses problematikken generelt.

Oppgaven vil i kapitel 4 drøfte denne problemstillingen spesielt.

3.3 MANGEL VED AREALSVIKT

Det er mange tvister knyttet til arealsvikt, både av tomteareal og areal på bygning. Arealsvikt reguleres i avhendingsloven § 3-3.

³⁹ NOU 1979:48

⁴⁰ Ot.prp.nr.66 (1990-1991)

⁴¹ Kruger , Norsk kjøpsrett 4.utg. Bergen 1999

§ 3-3 lyder;

”Har egedomen mindre grunnareal(tomt) enn kjøparen har rekna med, er det likevel ikkje mangel utan at arealet er vesentleg mindre enn det som er opplyst av seljaren, eller seljaren har bore seg særleg klandreverdige åt”

Bestemmelsen avgrensar uttrykkelig arealet til å gjelde ”grunnareal”, men ikkje areal innomhus. Det er også nevnt ordet ”tomt” i parentes for ytterleg å understreke at § 3-3 ikkje gjeld innomhus.

I forhold til det segmentet denne avhandlingen har som hovudfokus; brukte boligeiendommer hvor både kjøper og selger er forbrukere, vil tvister knyttet til innvendig areal på bygningen vere et aktuelt tema.

Det forhold at bestemmelsen avgrensas til ikkje å gjelde areal innomhus, kommenteres i forarbeidene, Ot.prp.nr.66 (1990-1991) på side 81:

”Men sjølv om § 3-3 etter dette ikkje vil gjelde direkte ved areal innomhus, kan det etter tilhøva vere grunn til å la mykje av det samme gjelde, likevel at det nok skal relativt mindre avvik til innomhus før ein vil sjå det som ein mangel”.

Bestemmelsen oppstiller at det er et krav at arealet må vere *vesentlig mindre* enn opplyst av selgeren før det foreligger en mangel, med mindre selger har opptrådt særleg klandreverdige. Regelen er en lovfesting av tidligere praksis.⁴²

I tilfeller hvor det påberopes arealavvik ved det innvendige arealet i en bolig, kan det oppstå spørsmål om dette skal betraktes som en feilaktig opplysning vurdert etter § 3-8, eller fra det avtalte, etter §3-1. Etter hovedregelen i §3-1 anses ethvert avvik fra det avtalte som en mangel, mens opplysningsplikten etter §3-8 krever at visse vilkår er oppfylt. Som tidligere nevnt⁴³ blir de fleste boliger av foreliggende kategori solgt med ”som han er” klausul eller lignende forbehold, og da skal nok arealsvikten vurderes etter §3-8

Avhendingsloven §3-8 regulerer de tilfeller hvor forhold ved eiendommen ikkje svarer til de opplysninger selgeren har gitt til kjøperen. Jf. §3-8 (1). I arealsvikt sammenheng er det eventuelle avvik mellom reell og opplyst størrelse på salgsobjektet som er det interessante. Opplysningene kan vere gitt av selger direkte til kjøper eller av andre som

⁴² Rt-2003 – 612 (32)

⁴³ Avhandlingens kapitel 1.4

opptrer på selgers vegne jf. avhandlingens kapitel om takstmannens rolle. Eiendomsmegleren vil også bli identifisert med selger i slike tilfeller.

Spørsmålet blir da om hvor stort arealavviket må være innomhus for at det skal foreligge en mangel etter §3-8. Og om det i denne sammenheng kan oppstilles et vesentlighetskrav.

Vesentlighetskravet i §3-3 bygger blant annet på at de arealoppgavene som har vært over eiendommer har vært bygget på ulike og til dels unøyaktige målemetoder.

Kjøperen kunne derfor ikke alltid stole fullt og helt på de arealopplysninger som ble gitt. Forarbeidene⁴⁴ til §3-3 vektla derfor kjøpers besiktigelse av eiendommen, da han tross alt hadde fått det han hadde sett.

Denne begrunnelsen har også til dels gjort seg gjeldende for areal innomhus. Men etter hvert har målemetodene innendørs blitt mye mer nøyaktig og ensartet. De fleste takstmenn bruker i dag lasermålere og legger til grunn NS 3940 som retningslinjer for måling av innvendig areal. Dette trekker i retning av at boligkjøpere i dag har mye større grunn til å stole på de areal opplysninger som blir opplyst i salgsprospekter og takster.

Utviklingen har også gått i den retning at boligkjøperne har mindre tid til å besiktige eiendommen, og har derfor et reelt behov for at opplysninger om arealet er troverdige. Med henvisning til overfor nevnte vil den parallell som proposisjonen trekker på side 81 ikke være et så aktuelt vurderingstema som tidligere.

§3-8 (2) oppstiller ikke noe vesentlighetskrav i forhold til avviket mellom reelt areal og det arealet som ble informert om i salgsdokumentene.

Høyesterett stiller heller ikke krav om vesentlighet ved vurderingen om arealavviket i RT- 2003-612 (*arealsviktdommen*) er tilstrekkelig til at eiendommen har en mangel.

I denne dommen er det som utgangspunkt presisert at ikke ethvert arealavvik er tilstrekkelig⁴⁵ og det kan heller ikke kreves at arealavviket er ”vesentlig”. Disse to forhold gir heller ikke en fullgod veiledning for hva som kreves for at det skal foreligge en mangel. Det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle hvor en rekke momenter må vurderes. Det blir nedenfor redegjort for en del av de mest relevante momentene.

⁴⁴ Ot.prp.nr. 66 (1990-1991) side 81

⁴⁵ Rt- 2003- 612 (34)

Det vil være naturlig å ta utgangspunkt i arealavvikets objektive størrelse. Arealavviket i Rt-2003-612 var på 10m, eller 8,9 % sett i forhold til hva som var oppgitt i prospektet. Det er et spørsmål om det prosentmessige avviket skal beregnes i forhold til det opplyste arealet eller det reelle arealet. Høyesterett understreker i dommen at som ved andre mangler skal man vurdere feilen i forhold til det som er avtalt.⁴⁶

I dommen presiserte førstvoterende at det er vanskelig å si noe konkret om hvor grensen går for når arealavviket utgjør en mangel.

Høyesterett var ikke i tvil om at avviket som fremkom i dommen var så stort at dette utgjorde en mangel. Det er ikke tvilsomt at også mindre avvik enn dette kan utgjøre en mangel. De individuelle tilfellene varierer for mye til at en kan fastsette en bestemt prosentsats som noe avgjørende kriterium for hvilke arealavvik som skal regnes som mangel. Høyesterett utalte i dommen at *"en liten leilighet tåler mindre avvik enn en stor - også forholdsmessig sett"*⁴⁷

I vurderingen må en se hen til hvilke konkrete utslag arealsvikten gir i de ulike tilfeller. Om en enebolig på 300m har et avvik på 15m, vil dette ha en mindre betydning enn hvis en leilighet på 60m har et tilsvarende avvik. Det vil være av betydning hvor i boligen det aktuelle arealavviket er. Arealmangel på et soverom, gang eller bod vil ikke få samme konsekvens som om arealet mangler på bad eller kjøkken.

Kjøperens subjektive forhold til arealstørrelsen må også i noen tilfeller vektlegges ved vurderingen. Dersom det ved visningen var klart for selgeren at arealet var spesielt viktig for kjøper, vil dette være et insitament for at arealsvikten lettere oppfyller det kvalitative minstekrav knyttet til bestemmelsen første ledd.

. Vurderingen må også ses i forhold til §3-8 (2) som oppstiller at de feile opplysningene *"må ha verka"* inn på avtalen for at det skal utgjøre en mangel.

Som nevnt på side 22 er målemetodene blitt mye mer nøyaktig enn tidligere og utført med raskere og enklere måleverktøy. *"Denne utviklingen medfører at det i dag er mindre grunn til å tillate særlig store avvik på grunn av usikkerhet"* Denne uttalelsen blir gitt av Høyesterett i Rt-2003-612 (35).

En kan hevde at med bakgrunn i de særegne forhold som er nevnt i forarbeidene knyttet til arealsvikt, har det alltid vært noe forskjell mellom arealsvikt og annen opplysningsplikt etter §3-8. Det kan synes som om Høyesterett med denne dommen

⁴⁶ Rt -2003- 612 (37)

⁴⁷ Rt -2003-612 (36)

reelt sett pålegger selgeren et større ansvar enn tidligere og at ansvar for feilopplysning knyttet til arealsvikt nærmer seg ansvaret for andre feilaktige opplysninger.

3.4 MANGEL VED FUKTSKADER PÅ BYGNING

Feil som skyldes skader, er i utgangspunktet mangler. Som eksempel kan nevnes fuktighetsskader som skyldes vannlekkasje fra rørsystemet eller vann som er trukket inn utenfra.

Denne typen feil kan føre til svært omfattende skader og store reparasjonskostnader. Skadene er tildels vanskelig å oppdage på visning og det må omfattende undersøkelser til for å avdekke skadene. Ofte blir disse skaden oppdaget ved at det blir gjort bygningsmessige endringer på boligen. I noen tilfeller kan det være tilstrekkelig å løse ned listverket for at skadene skal komme til syne. Skadene er ofte lokalisert til boligens konstruksjon, slik at den totale skaden ikke blir avdekket før innvendig eller utvendig kledning blir fjernet.

Spørsmålet er om skaden er en mangel som gir grunnlag for prisavslag etter avhendingsloven.

Som tidligere nevnt er de fleste brukte boliger i Norge omsatt ved kontrakter som inneholder en *"som han er"* klausul. Dette innebærer at spørsmålet om det foreligger en mangel må reguleres etter § 3-9.

Hvis det foreligger opplysningsvikt fra selgers side vil dette slå igjennom overfor ansvarsfraskrivelsen. Jf. §3-9 første punktum.

Kjøper vil også kunne fremme mangelkrav mot selger til tross for forbeholdet, hvis eiendommen har feil og mangler som anses som vesentlig ut fra avtalevilkårene, Jf §3-9 andre setning. Etter denne bestemmelsen må det foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av om eiendommen er *"i vesentleg ringare stand enn kjøparen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles"*

Det må foreligge et vesentlig misforhold mellom kjøpers forventninger og eiendommens tilstand før det kan sies å foreligge en mangel. Forarbeidene gir liten veiledning for vurderingen, men det fremgår av Ot.prp.nr.66 (1990-1991) side 92

” Bestemmelsen forutsetter ikke noe klandreverdige forhold fra selgerens side, men misforholdet mellom tingens tilstand og det kjøper kunne rekne med, må være utvilsomt”

Ved vurderingen om kjøpers forventninger må det vektlegges hvilke informasjon kjøper har fått skriftlig og muntlig fra selger eller en som blir identifisert med han.

I de tilfeller salgsrapporten og taksten har gitt informasjon om at det foreligger tegn på fuktskader, og kjøper anmodes om å foreta nærmere undersøkelser, vil kjøper i de fleste tilfeller ikke vinne frem med sine anførsler om at det foreligger en mangel etter avhendingsloven.

Høyesterett drøftet dette i Rt- 2002- 1425 (Bukkeboddommen). I denne dommen var det ubestridt at selger hadde oppfylt sin opplysningsplikt. Spørsmålet her var om kjøperen må ha risikoen for at det ikke ble innhentet tilstandsrapport når salgsoppgaven og taksten viste til feil som kunne skape bekymring. En tilstandsrapport ville avdekket årsaken til feilen og tvisten ville derigjennom være unngått. Høyesterett kom til den konklusjon at kjøper måtte bære ansvar for de feil og mangler som senere dukket opp. I denne dommen slo Høyesterett fast at det måtte foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering. Det ble også åpnet for at vurderingen skulle være vid, med henvisning til ordlyden ”*tilhøva elles*”.

I andre saker er ikke informasjonen så klar og entydig som i ”*Bukkeboddommen*.” Det kan være gitt informasjon som vil kunne være et insitament til en bygningskyndig til å foreta nærmere undersøkelser, mens en lekmann ikke vil reagere på opplysningene. Det trenger ikke være en direkte beskrivelse av feilen, men det kan være beskrivelse av hvilke materialer som er brukt, og dette sammen med andre forhold med eiendommen vil kunne gi en indikasjon på at en må sjekke forholdet nærmere.

I RG- 2001 -56 var grunnmuren på boligen satt opp i et materiale som hadde en ekstra sårbar konstruksjon mot fukt. Og i kombinasjon med at fundamentet var satt på leire vil dette kunne forårsake fuktproblemer. Verken kjøper eller selger var kjent med at denne kombinasjonen var sårbar i forhold til fukt. Flertallet kom til at i dette tilfellet hvor selgeren ikke har opptrådt illojalt over for kjøper, var kjøperen nærmest til å bære risikoen.

I begge de to dommene⁴⁸ Høyesterett til nå har avsagt som omhandler § 3.9 andre setning har kjøper ikke vunnet frem med sine påstander om at feilene ved boligen har vært så vesentlig at det etter §3-9 foreligger en mangel.

Det kan synes som terskelen for hva som er vesentlig er satt rimelig høyt. Dette kan innebære at terskelen i seg selv kan virke dempende på eventuelle konflikter. Lovgivers intensjon er som tidligere uttalt ønske om at avhendingsloven skal hindre og redusere antall tvister.

3.5 SANKSJONENE

Problemstillingen er hvordan prisavslaget når det foreligger en mangel skal beregnes. Vilkårene for kjøperens rett til prisavslag er at det foreligger en mangel og at mangelen fører til en verdireduksjon.

Avhendingsloven §4-8 (1) opplister fem muligheter som kjøperen har til dekning for de mangler eiendommen har, og som han selv ikke kan ta ansvar for.

Etter §4-10 har selgeren en rett til å foreta retting av mangelen hvis dette ikke fører til alt for store ulemper for kjøperen. Kjøperen kan etter §4-12 kreve prisavslag. Kjøpet kan heves med hjemmel i § 4-13 dersom mangelen innebærer et vesentlig avtalebrudd. Kjøperen vil også kunne kreve erstatning både for direkte og indirekte tap Jf. 4-14. Bestemmelsen i §4-15 gir kjøperen mulighet for å holde tilbake kjøpesummen i noen tilfeller.

Det mest brukte i arealsvikt sammenheng er prisavslag etter § 4-12.

Etter §4-12 (1) kan kjøperen kreve et *”forholdsmessig prisavslag”* Dette innebærer at prisavslaget skal settes slik at forholdet mellom den nedsatte prisen og den avtalte prisen skal svare til forholdet mellom den verdien eiendommen har med mangel og den verdien den har uten mangel. Forarbeidene⁴⁹ viser her til reglene i løsørekjøpsloven og bemerker at prinsippet om et forholdsmessig avslag ikke har festet seg i rettspraksis knyttet til omsetning av fast eiendom. Rettspraksis har brukt ulike prinsipp når det gjelder fastsetting av prisavslag ved mangler på fast eiendom.

⁴⁸ Rt-2002-1425 og Rt-2005-1281

⁴⁹ Ot.prp.nr.66 (1990-1991) side 107

Prinsippet som fremkommer i løssørekjøpsloven er lite egnet da dette vilkåret forutsetter at tingen har en klar markedsverdi, noe som ikke er tilfelle ved fast eiendom.

Fastsettelse av prisavslag må etter dette fastsettes mer skjønnsmessig enn ved løssøretting.

Imidlertid kan en fastslå at ordlyden i § 4-12 (1) gir klar informasjon om at kjøpesummen ikke skal reduseres tilsvarende arealsviktens størrelse i prosent.

Kjøpesummen skal reduseres etter det forholdstall som fremkommer ved å sammenligne eiendommens verdi med og uten arealsvikten. I de tilfeller arealsvikten reduserer eiendommens verdi med 10 %, skal altså prisavslaget utgjøre 10 % av kjøpesummen. Dette får i praksis en del spesiell utslag. Da i tilfeller hvor en har gjort et godt kjøp vil lønne seg å kreve erstatning, som ikke beregnes forholdsmessig, men hvor en har krav på å få dekket hele det økonomiske tapet.

Rettspraksis gir ingen avklaring på hvilke prinsipper som skal legges til grunn ved utmåling av prisavslag knyttet til arealsvikt. Forarbeidene⁵⁰ nevner ikke arealavvik spesielt. Den viser til forarbeidene for kjøpsloven,⁵¹ og denne gir heller ingen veiledning om hvilke prinsipper som skal legges til grunn ved prisavslag knyttet til arealsvikt.

Imidlertid vil en kunne utlede forarbeidene til § 4-12 i avhendingsloven at tidspunktet for beregning av verdigrunnlaget skal være ved overlevering av eiendommen til kjøper. Utgangspunktet må være at prisavslaget skal måles konkret og objektivt. Konkret i den forstand at man skal ha fokus på den foreliggende eiendoms verdi med og uten mangel. At prisavslaget skal utmåles objektivt innebærer at den konkrete kjøpers subjektive forutsetninger og prisvillighet forut for kjøpet ikke kan tillegges vekt.

Den mest vanlige metoden ved utmåling av prisavslag går ut på at det innhentes informasjon fra de ulike aktører i boligmarkedet for på denne måten å fastslå boligens verdi på overleveringstidspunktet. Slike vurderinger vil kunne sprike, slik at når retten skal fastsette prisavslaget etter § 4-12 må den utøve en stor grad av skjønn.

Temaet har ikke vært drøftet noe særlig i juridisk teori. I ”Tidskrift for eiendomsrett” nr. 2 – 2005 drøftes problemstillingen under overskriften ” *Utmåling av prisavslag ved innendørs arealavvik.* ” Forfatteren er Adv. Per Christian Grant Carlsen. Han mener at det beste resultatet får man ved å benytte en såkalt ”matematisk” modell, hvor det trekkes ut en del faktorer som kan være relevant i en vurdering. Blant annet hevdes det at tomteprisen ikke påvirkes av det innvendige areal, ei heller verdien av andre

⁵⁰ Ot.prp.nr.66 (1990-1991)

⁵¹ Ot.prp.nr.80 (1986-1987)

bygninger som garasjer, annekser og andre installasjoner. Når disse faktorene er fjernet står en igjen med tekniske verdien for selve boligen. Det er kun verdien av boligen som sådan tilfører kjøpesummen, og dermed er det kun denne verdien som er gjenstand for justering etter arealavviket.

I saker hvor fuktskader er årsak til mangelen vil det ofte være mest formålstjenelig å legge § 4-12 (2) til grunn for erstatningsberegningen.

Bestemmelsen har følgende ordlyd:

” Med mindre noko anna vert godtgjort, skal prisavslaget fastsetjast til kostnaden ved å få mangelen retta ”

Av ordlyden fremgår det at prisavslaget skal tilsvare utbedringskostnadene, med mindre ”noko anna” blir ”godtgjort”. Spørsmålet er hva som skal godtgjøres og hva ligger i ”noko anna”. Dersom uttrykket kan gi muligheter for å anvende §4-12 (1), må det som godtgjøres være at mangelen har ført til en reduksjon i markedsverdien som avviker fra utbedringskostnadene. Denne tolkningen støttes av Høyesterett i Rt- 2000-199.

Av forarbeidene⁵² kan en utlede at Justiskomiteen ikke tok avstand fra regelen fra kjernen i regelen om at avslaget skulle relateres til fall i markedsprisen, jf. uttalelsen om at prisavslaget skal tilsvare reparasjonskostnadene ”med mindre formodningen svekkes av rimelig sikre opplysninger om eiendommens markedsverdi i hhv. mangelfull og kontraktsmessig stand”

Praksis viser at det utøves en stor grad av skjønn ved fastsettelse av prisavslaget.

Utgangspunktet er i de fleste tilfeller utbedringskostnadene med fradrag for eventuell standardhevning.

4 AVTALEN

4.1 GRUNNLAGET

Avhendingsloven har få bestemmelser knyttet til selve avtaleinngåelsen. Lovens § 1-3 oppstiller at avtalen kan gjøres både muntlig og skriftlig. Men hvis avtalen er gjort

⁵² Innst.O nr.71 (1991-1992) Pkt. 4.8

muntlig og en av partene krever det skal den settes opp skriftlig. Utover denne bestemmelsen er de vanlige avtalerettslige regler som gjelder, både lovfestet og ulovfestet. Avtaleloven av 1918⁵³ kapitel 1 viser til noen regler for hvordan avtaler kan inngås, disse reglene er deklarasjonelle og vil således kunne fravikes ved avtale og henvisning til handelsbruk eller sedvane.

Avtaler inngås ved at partene blir gjensidig bundet. Avtaleloven viser i §§ 2 og 3 til prinsippet om tilbud og aksept, hvor den ene part gir et tilbud som den andre part aksepterer.

Avtaleloven forutsetter at et tilbud binder avgiveren, men lovteksten sier intet om grensen mellom binding og ikke binding. Binding forutsetter etter avtalelovens forarbeider ” at den som har avgitt (henvendelsen), har hatt til hensikt umiddelbart at binde seg.”⁵⁴ Dette beror på en tolkning av utsagnet, handlemåten eller annen atferd.⁵⁵ Tolkning kan være nødvendig for å fastslå om en part er bundet av avtalen og ikke minst om hva partene er bundet til ved avtalen. Dette siste vil bli spesielt behandlet senere i avhandlingen.

Eiendomshandel foregår vanligvis i to faser. Første fase når selger tilbyr eiendommen for salg og kjøper aksepterer ved å inngi et bud som selger godkjenner. Andre fase skjer når det inngås formell kjøpekontrakt mellom partene.

I de fleste tilfeller blir det utarbeidet en kjøpekontrakt mellom partene som stadfester og utdyper den avtalen partene er blitt enig om. Med henvisning til informasjon fra Norges Eiendomsmeglerforbund blir i ca. 90 % av eiendomsomsetningen i Norge gjort med bistand fra eiendomsmegler eller advokat.⁵⁶ I disse tilfellene brukes et fastlagt system i salgsprosessen, hvor det blant annet foreligger en salgsoppgave som inneholder betingelser knyttet til handelen.

Salgsoppgaven blir en del av det tilbudet selger fremlegger for kjøper, og det er derfor avgjørende for kjøper at han setter seg inn i vilkårene slik at dette legges til grunn når budet gis.

⁵³ Lov om avslutning av avtaler, om fulmagt og om ugyldige viljeserklæringer.

⁵⁴ Utkast til lov om avtaler og andre rettshandler paa formuerettens område 1914

⁵⁵ Johan Giertsen ”Avtaler” 2006 side 68

⁵⁶ Kredittilsynet, Oversikt over eiendommer solgt gjennom eiendomsmeglingsforetak

Salgsoppgaven med vedlegg består ofte av 30 til 40 sider med dokumenter slik at det kan være vanskelig for kjøper i en hektisk budrunde å få kunnskap om tilbudets totale innhold.

I alle salgsprospektene som er gjennomgått i tilknytting til denne avhandlingen er det medtatt en "som den er" klausul i en eller annen form.

Spørsmålet er om kjøperen alltid er klar over klausulens rekkevidde.

4.2 FORHOLD FØR AVTALEINNGÅELSE

Når en skal kartlegge hva partene er blitt enig om i en avtale, er det et ulovfestet tolkningsprinsipp at en må se partenes opptreden før og under avtaleinngåelsen.

En kan starte med den undersøkelsesplikten som kjøper har etter avhl. §3-10.

Bestemmelsen oppstiller at kjøperen ikke kan påberope mangler som han kjente til eller måtte kjenne til da avtalen ble inngått. Jf. §3-10 (1).

Videre beskriver § 3-10 (2) at hvis kjøperen før avtalen er inngått, har undersøkt eiendommen, eller uten grunn lot være å følge oppfordringen fra selgeren, kan kjøperen ikke gjøre gjeldende som mangel noe som han burde blitt kjent med ved undersøkelse. Bestemmelsen fører til at en vesentlig del av partenes opptreden forut for salget, er lovstyrt. Dette står i motsetning til hvordan partenes opptreden blir benyttet som en avtaletolkningsfaktor.⁵⁷

Ved avtaletolkning bruker en forholdet på et mer fritt grunnlag dersom det kan tilføre noe i forhold til hvordan avtalen skal forstås. En kan konkludere med at kjøperens undersøkelsesplikt får en mer sentral rolle i hva som er rimelig å regne med for kjøper, og dermed også når eiendommen er i "vesentlig ringare stand".

En rimelig forståelse av ordlyden i §3-9 tilsier at forhold som kjøper har sett av eiendommen vil være sentralt ved kartlegging av hva kjøperen "hadde grunn til å rekne med" Jf. §3-9 2. setning. I "Bukkeboddommen"⁵⁸uttaler førstvoterende; "ut fra mitt syn på hva som følger av §3-9 2.punktum, har jeg heller ikke behov for å gå inn på hva som vil følge av §3-10 andre ledd."

⁵⁷ Det juridiske fakultets skriftserie nr. 112. "Avhendingslova §3-9 2. setning Anita Skjerven 2007 side 29

⁵⁸ Rt- 2002- 1425 side 1429

Det kan forstås slik at Høyesterett viser til at det er tradisjonelle avtalerettslige tolkningsprinsipp om at partenes opptreden, før og ved avtaleinngåelse, vil være sentrale momenter ved avtaletolkningen. Dette kan tyde på at Høyesterett er av den oppfatning at det ikke skal være noe realitetsforskjell på vurderingen etter §3-9 2.setning og avtaletolkning i tradisjonell forstand.

Rettspraksis har vektlagt forholdet ved visningen som en relevant tolkningsfaktor i forhold til hvilken informasjon kjøperen har fått og hvilke undersøkelser som ble foretatt under visningen. På visningen er det ofte mye folk slik at det blir liten mulighet for individuell behandling av den enkelte. I LG 1999-610 vektlegger retten forholdene ved synfaringene som en relevant faktor i forhold til hvilken informasjon kjøper fikk og hva som var mulig å oppdage av feil og mangler på visningen.

Antall visninger vil også være en faktor som må vektlegges.

Et annet forhold som er sentralt er hvilke oppfordringer selger gir om nærmere undersøkelse av eiendommen.

§ 3-10 2.ledd oppstiller at dersom kjøperen uten rimelig grunn har latt være å følge anmodningen fra selger om nærmere undersøkelser, kan kjøper heller ikke gjøre gjeldende som mangel noe han burde bli kjent med gjennom undersøkningen.

En naturlig tolkning viser at det er når kjøper får en særskilt og eksplisitt anmodning fra selger, en kan tale om en undersøkings *plikt*. En kan ut fra lovens ordlyd stille spørsmål om denne anmodningen må være gitt eksplisitt eller om det holder med et hint for å overføre risikoen til kjøper.⁵⁹

Hvis eiendommen er solgt med en ”*som han er*” klausul som viser til §3-9. 2.setning må en her se hen til bestemmelsens formål. Ved et vedtak av denne klausulen vil risikoen for skjulte feil og mangler og dette bør være et insitament til å gjennomføre en grundigere undersøkelse.

Fra rettspraksis kan en utlede at det skal mye til før kjøper får en anmodning om å undersøke eiendommen, som igjen fører til at han selv må bære risikoen for forhold som senere viser seg å være en mangel.

Et annet forhold er hvor vidt kjøper har plikt til å bruke sakkyndige ved undersøkelse av eiendommen.

⁵⁹ Det Juridiske Fakultets skriftserie nr. 112. Avhendingsloven §3-9 2.setning, Anita Skjerven 2007 s.31

Fra forarbeidene kan en utlede at en forbruker ikke har en plikt til å bruke sakkyndige for å avdekke eventuelle feil og mangler. Imidlertid gir forarbeidene⁶⁰ en veiledning om at i noen tilfeller må spørsmålet om sakkyndig hjelp på kjøper siden vurderes mer konkret. Det vil være av betydning om kjøper har fått anmodning om å undersøke spesielle forhold ved eiendommen.

I ”Bukkebdommen”⁶¹ mente retten at kjøper i dette tilfellet måtte foreta grundigere undersøkelse ved hjelp av sakkyndige, da det i dette tilfellet var gitt tydelige oppfordringer både i form av at forholdet var synlig på visningen og at selger hadde gitt både skriftlig og muntlige oppfordringer om å undersøke forholdet nærmere. En kan ut fra konklusjonene i ”Bukkebdommen” hevde at Høyesterett mener at hva som skal regnes som en mangel hvor eiendommen er solgt ”som han er” har en forholdsvis høy terskel.

4.3 FORHOLD VED AVTALEINNGÅELSE

Et spørsmål som kan stilles er når står man ovenfor en uforpliktende forberedelse, og når kan det sies at det stadiet er forlatt, slik at det foreliggende kan regnes som en rettslig bindende disposisjon?

Ofte betegnes dette som disposisjonsspørsmålet.⁶²

I rettspraksis og juridisk teori har det utkrystallisert seg forskjellige disposisjonskriterier som er relevante for å bestemme overgangen fra forberedelse til disposisjon.

Disposisjonsprinsippet er ofte knyttet til avtaler som opprettes etter konsensualavtaler etter avtaleloven, men i prinsippet gjelder det også ved alle andre typer avtaler, også avtaler med forbrukere ved standardvilkår.

Det eksisterer et mangfold av kriterier som er relevante ved overgang fra forberedelse til disposisjon, og det kan variere hvilket kriterium eller hvilke kriterier som i et konkret tilfelle kommer i betraktning.

⁶⁰ Ot.prp.nr. 66 (1990-1991) side 94

⁶¹ Rt- 2002-1425 ”Bukkebdommen”

⁶² Geir Woxholth ”avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning” 1997 side 53

Denne avhandlingen setter fokus på hvilke kriterier som er relevant ved omsetning av brukt bolig mellom forbrukere hvor den ene part (selgeren) har bistand fra profesjonelle parter som eiendomsmeglere og takstmenn.

Som tidligere nevnt omsettes de fleste brukt boliger i Norge ved hjelp av eiendomsmeglere hvor standard prosedyrer og kontrakter er hovedregelen. Omsetningen bygger på avtalelovens modell om tilbud og aksept. Jf. avtaleloven §§2 og 3.

Dette materialiserer seg ved at tilbudet fra selger er ledsaget av en rekke dokumenter, det være seg salgsoppgave, takst, tilstandsrapport, og andre dokumenter som beskriver pris, vilkår for overdragelsen, og eiendommens tilstand.

Kjøperen på sin side viser sin aksept ved at "budskjema" underskrives og returneres til eiendomsmegleren som i sin tur videreformidler dette til selger.

Budskjema inneholder budets størrelse i kroner og aksept av de omkostninger som vil tilfalle kjøperen av offentlige gebyrer. I tillegg inneholder skjemaet en bekreftelse av at budgiver har lest prospektet og godtatt betingelsene.⁶³

Hvis selger aksepterer budet fra budgiver og den er fremkommet til budgiver innen akseptfristens utløp er det inngått en bindende avtale.

Selger vil også kunne komme med "motbud" til kjøperen. Dette vil være avtalerettslig et bindende tilbud som medfører at det foreligger en avtale om salg av eiendommen dersom budet i rett tid aksepteres av kjøper.

I de fleste tilfeller inngås avtalen med utgangspunkt i ovenfor nevnte. I ettertid bekreftes avtalen ved signering av kjøpekontrakt hvor det vises til vilkårene som fremkom før og under avtaleinngåelsen.

I noen få tilfeller vil det ved kontraktinngåelse bli stilt spørsmål ved de ulike vilkår som kontrakten bygger på. Det kan være at kjøper først på dette tidspunkt er blitt klar over hvilke vilkår selger har stilt i salgsprospektet og ikke ønsker å underskrive kjøpekontrakt på dette grunnlaget.

En aktuell problemstilling kan være i de tilfeller salgsprospektet inneholder et vilkår om at eiendommen selges med en "som han er" eller andre ansvarsfraskrivelses klausuler med henvisning til §3-9.

⁶³ Budskjemaet er utarbeidet i samarbeid mellom Forbrukerombudet, Forbrukerrådet, Den Norske Advokatforening ved Eiendomsmeglingsgruppen, Eiendomsmeglerforetakenes Forening og Norges Eiendomsmeglerforbund, på grunnlag av blant annet forskrift om eiendomsmegling §8-6

Kjøper kan på dette tidspunkt bestride at det ble avtalt at eiendommen skulle selges "som han er" og vil på dette grunnlag ikke undertegne kontrakt med dette innhold. Avhendingsloven gir ikke selger rett til å kreve at kjøper skal undertegne kjøpekontrakt. Bestemmelsen avhl. §1-3 regulerer at partene kan kreve en skriftlig dokumentasjon på den avtalen som er inngått. Jf. NOU 1979 :48 s. 29 og Ot.prp.nr.66 (1990-1991)s. 32-34 og s. 66-67. Ved denne typen handel foreligger det skriftlig avtale ved tilbud og aksept der alle vesentlige punkter er omforent. Forarbeidene gir ikke tilstrekkelig veiledning til at en kan fastslå at den skriftlighet som fremstår ved budgivningen er tilstrekkelig etter § 1-3.

En kan fra rettspraksis⁶⁴ utlede at bestemmelsen gir hver av partene rett til å kreve at det opprettes en skriftlig kontrakt. Dersom det kreves av den ene parten, har den andre parten plikt til å medvirke til dette. En skriftlig kontrakt vil nok være mer utførlig enn tilbudet og akseptens innhold. I LA-2006-94709 uttaler lagmannsretten "*Plikten til å undertegne som følger av §1-3, gjelder en skriftlig kontrakt med sedvanlig innhold.*" Som påpekt tidligere blir det i de aller fleste tilfeller brukt standardkontrakter hvor, "som han er" klausulen med henvisning til §3-9 er et integrert vilkår.

I La 2006 – 94709 kom retten til at kjøperen ikke kunne nekte å underskrive kjøpekontrakten med ansvars klausulen slik den fremkom i salgsoppgaven og kontraktsforslaget.

Det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfelle hvor en vurderer en rekke forhold som kan ha betydning for spørsmålet. Tolkningskriteriene blir ofte andre ved standardkontrakter i forhold til individuelt forhandlede kontrakter. Ved en individuell forhandlet avtale vil forhandlingene og dets innhold være essensielt.

Det er svært sjelden det oppstår tvist mellom kjøper og selger knyttet til underskrift av kjøpekontrakten. De fleste tvister oppstår en tid etter kontrakten er underskrevet og konsekvensene av vilkårene i avtalen viser seg i praksis.

Det vil nedenfor bli redegjort for hvordan en går frem for å fastslå om klausulene i avtalen er vedtatt mellom partene.

⁶⁴ LA 2006-94709

4.4 ER KLAUSULEN VEDTATT?

Kontraktene er ikke laget spesielt for den foreliggende handelen, men er utarbeidet for å brukes ved et stort antall eiendomssalg.

Problemstillingen er om standardvilkårene alltid er vedtatt av partene.

Hvis et vilkår i standardavtalen ikke er vedtatt, er et alternativ å legge til grunn at partene er ubundet, og avtalen ikke inngått. Et annet alternativ er at partene er bundet, men at problemet knytter seg til avtalens innhold.⁶⁵ I det siste tilfellet er det mulig å se bort fra vilkår som ikke kan anses vedtatt.

Problemstillingen er ikke direkte lovregulert, men avtl. §37 regulerer en del forhold knyttet til vilkår som ikke er individuelt behandlet..

Det er ingen regel som direkte viser til hva som skal til for at en part skal anses bundet av et standardvilkår.

I teorien kan en vise til Bernitz⁶⁶ som hevder at standardvilkårene må ha kommet den annen part til kunnskap - skriftlig eller muntlig – før avtaleslutningen for å bli en del av avtalen.

Johan Giertsen skriver i sin bok, "Avtaler" på side 73, "Generelle svar på spørsmålet om et vilkår i en standardavtale er vedtatt, kan i likhet med andre problemer knyttet til avtalebinding ikke gis, fordi det beror på en tolkning av den konkrete situasjonen – partenes skriftlige og muntlige uttalelser, annen atferd etc."

Woxholth⁶⁷ beskriver samme tema i sin bok fra 1997 og vektlegger at det som kjennetegner vedtagelsesspørsmålet er at selv små nyanser i faktum kan føre til et endret standpunkt med hensyn til hva som er riktig rettsanvendelse.

Han hevder videre "at den som vil ha sikkerhet for at den annen part skal være bundet av vilkårene, må presentere dem for denne på en rimelig klar og uforbeholden måte før avtaleslutningen"

⁶⁵ Johan Giertsen "Avtaler" 2006 side 72

⁶⁶ Bernitz, Standardavtalsrett, Stockholm 1993

⁶⁷ Geir Woxholth, "Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning" Oslo 1997 side 181

Utgangspunktet er nå at partene er bundet av avtalen gjennom sine dispositive utsagn. Spørsmålet blir da om man er enig om innholdet av de forpliktelser som følger av avtalen.

Dette beror på en tolkning av partenes utsagn og eventuell øvrige atferd.⁶⁸

Et karakteristisk trekk ved standardvilkårene er at de er utarbeidet på forhånd for å inngå fremtidige avtaler. Bruk av standardvilkår innebærer derfor som regel at en av de fundamentale forutsetninger innen tradisjonell avtalerett settes mer eller mindre ut av spill, i og med at avtalens bestemmelser ikke fremkommer som forhandlinger mellom likeverdige parter.⁶⁹

Ved bruk av standardkontrakter av denne typen som blir brukt ved avhending av brukt bolig begrenser forhandlingene seg stort sett til å bli enig om pris og overtagelsesdato. I praksis blir kjøperen oppfordret til å lese vilkårene og deretter undertegne.

Selgeren har ikke vært direkte involvert i utformingen av avtaledokumentet og det er innlysende at begge parter på denne måten får et annet og fjernere forhold til avtaleteksten enn i de tradisjonelle forhandlingstilfellene. Faktisk vil selve kommunikasjonsprosessen bli helt eller delvis eliminert når det gjelder vilkårene i standard avtalen.⁷⁰

I noen tilfeller er selgeren like uvitende som kjøper i forhold til betydningen av for eksempel ”som den er” klausulen. En kan her vise til en dom i forliksrådet⁷¹ hvor det fremkom i rettsmøtet at selger var ukjent med virkningen og var villig til å imøtekomme kjøperen økonomisk. Dommen får neppe en prejudikats virkning men er medtatt for å illustrere hvilke situasjoner som kan oppstå når avtalen er basert på standardvilkår og hvor eierskifteforsikring selskapet overtar selgers ansvar etter avhendingsloven. Partenes mulighet til å forhandle om innholdet i avtalen er ofte liten. Giertsen⁷² uttaler at små muligheter for å forhandle bør korrespondere med virkemidler som kan rette opp en slagside i form av et ubalansert innhold.

⁶⁸ Johan Giertsen ”Avtaler” 2006 side 158

⁶⁹ Kristian Huser ”Avtaletolkning” 1983 side 145-146

⁷⁰ Kristian Huser ”Avtaletolkning” 1983 side 147

⁷¹ Askøy Forliksråd Dom 2006 - 090628

⁷² Johan Giertsen ”Avtaler” 2006 side 192

Når avtaleloven fikk sitt nåværende innhold i 1983, var dette et svar fra lovgiver for å møte utfordringene knyttet særlig til forbrukervern og standardavtaler.

Avtalelovens §36 gir adgang til endring og annen lemping av avtaler og avtalevilkår som det vil være urimelig eller være i strid med god foretningskikk å gjøre gjeldende. Selv om ordlyden i §36 bruker ordet "avtale", er det klart at ikke bare en "hel" avtale kan lempes, men også at en eller flere enkeltstående avtalevilkår, kan lempes med grunnlag i § 36.

Avtalesituasjonen ved inngåelse av standardavtaler gir mindre bidrag til tolkningen når det dreier seg om generelt avfattede bestemmelser som ikke er resultat av noen konkret vurdering fra partenes side. Det blir vanskeligere å finne ut hva partene egentlig har ment og rimelighetsvurderingen får følgelig større betydning ved tolkningen.⁷³

Ved tolkning av avtalen har man en del retningslinjer som skal følges. Det skal blant annet alltid vektlegges hva som er rettferdig og rimelig i det konkrete tilfellet. En kan derfor spørre seg hvilken verdi tidligere dommer har som prejudikat når det er det konkrete tilfellet som skal vurderes.

Konklusjonene må bli at tvister knyttet til om klausuler i en avtale om boligkjøp som er inngått vil en kunne bruke §36 i tillegg til de preseptoriske reglene i avhendingsloven.

4.5 SUBJEKTIVE FORHOLD

Vilkårene som fremkommer i standardavtaler vil neppe kunne karakteriseres som partsytringer slik at en subjektiv tolkning neppe vil ha samme verdi som ved ordinære avtaler.

Imidlertid er det en del subjektive forhold som må vurderes. En typisk faktor vil være kjøpers yrkestilknytning. Er kjøperen byggmester eller tømrer vil han ha større forutsetninger for å vurdere bygningens beskaffenhet enn andre uten denne yrkesmessige tilknyttingen. Fra rettspraksis⁷⁴ kan en referere at yrkesmessig tilknytting blir vektlagt ved vurderingen. I LG 2001-1771 uttalte lagmannsretten følgende; *"Ankende part nr1, NN, er lærer ved yrkesskole i grunnforhold og arbeider også som skytebas. Dette sammenholdt med den informasjon som ble gitt i tilstandsrapporten ,*

⁷³ Knophs oversikt over Norges rett. 11.utgave side 279

⁷⁴ LG-2001-1771

tilsier at dersom det var forhold rundt fuktskadene som bekymret han, hadde han foranledning til å ta dette opp med selger.”

Et annet forhold som også må vektlegges er personens alder. Dette kommer blant annet til uttrykk i LF- 2005 -44667 hvor en kan tolke det slik at det stilles lavere krav til årvåkenhet ved undersøkning av forskriftmessig art hos eldre personer eller av yngre vitale mennesker.⁷⁵

Et tredje forhold er å vurdere partenes generelle ressurser. Partenes personlige forutsetninger til å forstå hva de ulike vilkår betyr, og hvilke konsekvenser det får ved at avtalen inngås med foreliggende vilkår, vil måtte vurderes.

Utgangspunktet er at det skal være ballanse mellom avtalepartene. Hovedformålet med lempingsregelen i § 36 var iflg. forarbeidene⁷⁶ ”å beskytte den svake kontraktspart mot den annen parts mulige misbruk av avtalefriheten.”

Giertsen skriver i sin bok at ”Enten en part anfører avtalens tilblivelse eller innhold som grunnlag for kravet om endring eller tilsidesettelse, er det etter rettspraksis sentralt at partenes ressursstyrke er ujevn”

To av de sentrale høyesterettsavgjørelsene om endring av en avtale som følge av avtl. §36, gjelder anskaffelse av bolig.⁷⁷

5 OPPSUMMERING

For det første tok avhandlingen sikte på å påvise de ulike aktørers rolle ved avhending av brukt bolig mellom to forbrukere hvor eiendomsmegler bistår. En mener å ha fått frem at det er et tydelig forbedringspotensial i forhold til hvordan eiendomsmeglerbransjen fremstår i forhold til emgl⁷⁸ bestemmelsene om at omsetningen skal skje på en ”.sikker, ordnet og effektiv måte, samt at partene i handelen mottar uhildet bistand”

⁷⁵ Det Juridiske Fakultets skriftserie nr. 112. ”Avhendingslova §3-9 2.setning Anita Skjerven 2007 s.36

⁷⁶ Ot,prp.nr. 5 (1982-1983) s 3

⁷⁷ Rt- 1993- 1497 og Rt-1995- 1540

⁷⁸ Lov av 29 juni.Nr. 73. 2007

Det er videre avdekket at eiendomsmegleren opptrer som agent for forsikringsselskapene ved salg av eierskifteforsikring og boligeierforsikring. Dette kan i beste fall karakteriseres som uetisk. Det vises også at enkelte av forhandleravtalene mellom meglerne og forsikringsselskapet inneholder en klausul om at husselgerne skal presses til å kjøpe forsikring. Slik at det ikke er selgers behov som er driveren men forsikringsselskapet og meglerens behov for å tjene penger. Dette fører til at kostnadene ved avhendingen blir unødvendig høye.

Det påvises også i avhandlingen at det i noen tilfeller kan bli en uheldig binding mellom eiendomsmegleren og takstmannen som vil kunne sette objektiviteten til takstmannen i et uheldig lys.

Det avdekkes videre at ved en god del av avhendingene er det bare låne og verditaksten som legges til grunn. Det kunne vært hensiktsmessig å gi påbud om at det må foreligge en tilstandsrapport ved salg av brukte boliger.

Det påvises også at det store antall tvister knyttet til avhending av eiendom har en stor del årsak i forsikringsdekningene som overfører ansvaret fra selger til selskapet og dekker alle kostnader knyttet til rettsprosessen.

For det andre skulle avhandlingen se på omfanget av ”som den er” klausuler og §3-9 sin rolle i mangel vurderingen.

”som han er” klausulen var fra lovgivers side ikke ment å være hovedregelen ved mangel beføyelser. Men etter klausulen er blitt en del av standard avtalene til megler foretakene og det faktum at ca. 90 % av bolighandelen skjer ved hjelp av megler er det likevel blitt hovedregelen. Avhandlingen viser at Høyesterett pålegger selger et større ansvar enn tidligere for feilopplysninger knyttet til arealsvikt etter avhl. § 3-3. Det vises videre til at intensjonen om at §3-9 skulle redusere partenes behov for retts hjelp og unngå rettstvister, ikke har slått til. Antall tvister knyttet til avhending av eiendom er større enn noensinne.

Et annet formål med avhandlingen var å klargjøre forholdet om ”som den er” klausulen alltid var vedtatt mellom partene.

Avhandlingen viser at ved tolkning av avtalen skal det ikke være noe realitetsforskjell på vurderingen etter § 3-9 andre setning og avtaletolkning i tradisjonell forstand.

LITTERATURLISTE

Litteraturliste og domsregister

Lover:

- 13. august nr 6 1915 ” Lov om rettegangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)
- 31.mai nr 4 1918 ”Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer” (avtaleloven)
- 13.mai nr 27 1988 ” Lov om kjøp” (kjøpsloven)
- 16.juni nr 53 1989 ” Lov om eiendomsmegling” (eiendomsmeglingsloven)
- 16. juni nr 69 1989 ” Lov om forsikringsavtaler” (forsikringsavtaleloven)
- 13. juli nr 93 1992 ” Lov om avhending av fast eiendom” (avhendingsloven)
- 17. juni nr 90 2005 ” Lov om mekling og rettergang i sivile saker” (tvisteloven)
- 29. juni nr 73 2007 ” Lov om eiendomsmegling”

Forarbeider:

- Utkast til lov om avtaler og andre rettshandler paa formuerettens område 1914
- NOU 1948:48 ”Avhending av fast eiendom”
- Ot.prp.nr 66 (1990-1991) ”Lov om avhending av fast eignedom”
- Ot.prp.nr.80 (1986-1987) ” Lov om kjøp”
- Innst.O nr.71 (1991-1992) ”Lov om avhending av fast eignedom”

Teori:

Trygve Bergsåker, "Kjøp av fast eiendom" 4.utg. 2003

Viggo Hagstrøm, "Obligasjonsrett, i samarbeid med Magnus Aarbakke, Oslo 2003

Kai Kruger, "Norsk kjøpsrett" 4.utg. Bergen 1999

Johan Giertsen, "Avtaler" Bergen 2006

Geir Woxholth, "Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning" 1997

Kristian Huser, "Avtaletolkning" 1983

Anita Skjerven, "Avhandlingslova § 3-9 2.setning" Bergen 2007

Bernitz, "Standardavtalsratt" Stockholm 1993

Artikler:

Brøndbo, Kristoffer Dons, 2002 "Selgerens og takstmannens ansvar for mangelfull tilstansrapport"

Bergens Tidende, Kronikk av Trond Eeg Vatne "Vestlendinger lar seg lure" 24.oktober 2007

Karita Bekkemellem, artikkel på www.regjeringen.no

Annet:

Statistisk sentralbyrå, eiendomsomsetning www.ssb.no/eiendomsoms/

Forbrukerrådet www.forbrukerportalen.no

Kredittilsynet, oversikt over eiendommer solgt gjennom eiendomsmeglerforetak .

Kredittilsynet, Årsmelding 2006

Standard Norge, www.standard.no

Sparebank 1 Skadeforsikring. Vilkår husforsikring 01.01.2007.

Protector Forsikring ASA vilkår eierskifteforsikring

Norsk eiendomsforetaks forening

Norsk eiendomsmegler forbund.

Dommer:

Høyesterett

Rt-1982 -1357

Rt-1993-1497

Rt-1995-923

Rt-1995-1540

Rt-2001-369 (Takstmannsdommen)

Rt-2002-1425 (Bukkeboddommen)

Rt-2002-696 (Nebbdommen)

Rt-2003 -612

Rt-2005-1281

Lagmannsrett

LG-1999-610

LE-2000-113

RG-2001-56

LG-2001-1771

LF-2005-44667

LA-2006-94709

Lister over tabeller, figurer m v